

REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO*

REFLECTIONS ON JUSTICE AND LAW

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 1-2-08

Fecha de aceptación: 5-3-08

Resumen: *Este artículo se inicia con unas consideraciones sobre cómo debe ser el modelo de profesor ideal. A continuación, se analiza el concepto de justicia, abogando por un positivismo corregido, que tiene en la Ética pública la fuente de la legitimidad, alejado de cualquier forma de iusnaturalismo. En su aproximación al concepto de Derecho se amplían estas nociones que deben responder las preguntas: "¿quién manda?", "¿cómo se manda?", "¿qué se manda?" y "¿por qué obedecer?". El texto concluye con unas reflexiones sobre el talante de aquellos que dedican su proyecto de vida a la investigación.*

Abstract: *This article begins with some reflections about how the ideal professor should be. Later, the concept of justice is analyzed defending a corrected positivism away from any kind of iusnaturalism, that centers the source of legitimacy in the public ethics. He deals with this ideas more deeply in his approach to the concept of law, answering the questions "Who rules?", "How is it ruled?", "what is it ruled?" and "why to obey law?". The articles concludes with some reflections on the temper of those who devote their lives to research.*

Palabras Clave: teoría del Derecho, filosofía del Derecho, positivismo, ética pública
Keywords: theory of Law, philosophy of Law, positivism, public ethics

* El texto de este artículo recoge la Lección jubilar que el Profesor Gregorio Peces-Barba pronunció el 14 de enero de 2008 en el Aula Magna de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. LAS LECCIONES JUBILARES Y EL MODELO DE PROFESOR

Por halago de la fortuna y por mi coyuntural buena salud, he podido llegar a este día clave en la vida de un universitario, al menos en la tradición académica de los juristas a la que pertenezco, de la lección jubilar en torno a la fecha en la cual cumpla 70 años. Agradezco al director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Profesor Eusebio Fernández y a todos los compañeros que hayan convocado y organizado este Acto, a todos los funcionarios y trabajadores que con su esfuerzo y su trabajo lo han hecho posible, al Sr. Rector que haya querido presidirlo y su presencia a todas las personas que han decidido acompañarme en el mismo. La pluralidad de los asistentes y su número me ayudan mucho y su compañía me conforta sobremanera. En la tradición académica están muy presentes estas ceremonias jubilaes que suponen la comunicación entre las generaciones. Por encima de todas sobresale la que pronunció Kelsen en la Universidad de California, en Berkeley, el 27 de Marzo de 1952.

Además, he conocido y reflexionado sobre otras que también me han impresionado y me han hecho pensar. Así la que tituló Don Ramón Carande “mis acreedores preferentes”, refiriéndose a sus maestros, entre los que cita a Ortega y Rubio, a Faustino Álvarez del Manzano, a Giner de los Ríos y muy especialmente a Flores de Lemus. Con su proverbial buen humor dirá: “...con los setenta años escalamos, en los hombros de Cronos, una cumbre altiva, al borde de precipicios. Los setentones con salud y ánimo somos unos cuantos sujetos privilegiados que, en el momento del relevo, pasamos a ser dueños absolutos de nuestro tiempo y, en plena dedicación, podemos hacer sin molestar a nadie, lo que nos de la gana...”. Recorriendo la lectura gratificante de quien se autodenomina “jubilado jubilante”¹ encontramos su mensaje final: “Creo que en el hecho de difundir la vocación intelectual y la sed de conocer está la recompensa del magisterio”.

La última lección de Norberto Bobbio fue el 16 de Mayo de 1979, en la Facultad de Ciencias Políticas de Turín, donde impartía la clase de Filosofía Política desde 1972 cuando abandonó la Facultad de Derecho. En una anotación de Alberto Papuzzi, que es normal y abundante en su Autobiografía, leemos lo poco que existe sobre su última lección al jubilarse: “...La última clase el 16 de Mayo, miércoles. En la mesa un gran ramo de flores con una hojita: “De parte de sus es-

¹ Vid *Escritores Intelectuales Profesores*, edición de Carmen Masa Ortigüela, Universidad de Valladolid, Libros Buendía, Colección la palabra apacible, Valladolid, 1999, pp. 80 y ss.

tudiantes del último curso.” Bobbio cita a Max Weber: “La cátedra universitaria no es ni para los demagogos ni para los profetas. No hay referencia al tema tratado. Debió ser una clase normal. Unas palabras de Bobbio en una entrevista en la Stampa parece confirmar esta idea: “ ... La última clase es un hecho natural, previsto. En la vida sólo los acontecimientos extraordinarios nos cogen desprevenidos. También es relevante la Lección Jubilar de Arthur Kaufmann en los años 90 después de treinta y cinco años de ininterrumpida actividad docente e investigadora en la Universidad de Munich sobre *La Filosofía del Derecho en la Postmodernidad* o la del Profesor Peter Haberle en la Universidad de Bayreuth sobre *Las Ciencias del Derecho como Forma de Vida*², pronunciada el 17 de Julio de 2.002.

Finalmente en nuestro país he conocido la compartida en 12 de Marzo de 2.001 por el Profesor Alejandro Nieto en la Universidad Complutense sobre *Las limitaciones del conocimiento jurídico*³, o la que impartió en nuestra Universidad Carlos III de Madrid el gran amigo y colega Antonio Morales, catedrático de Historia Contemporánea.

En todos estos profesores, y entre los maestros que han contribuido a mi formación, y a abrir en mí la pasión y la vocación por la enseñanza y por el conocimiento, coinciden una serie de rasgos personales e intelectuales que identifican al profesor auténtico: Por mi experiencia de las personas y por mi propia reflexión yo señalaría los siguientes:

- 1º. Los valores del profesor, son valores desinteresados. La vocación por la investigación y por la ciencia no deben estar impulsados por ningún fin práctico ni por intereses materiales.
- 2º. Cualquier modificación de las conclusiones de la investigación, y pienso especialmente en el campo de las ciencias sociales y jurídicas, sean cuales sean sus razones, patrióticas, políticas, religiosas e incluso morales, que supongan el más mínimo arreglo o maquillaje de la verdad posible, deben suponer la exclusión de quien sea responsable de la categoría de los profesores dignos. Naturalmente se excluyen los Dictámenes a instancia de parte donde se buscan las mejores razones para defender las tesis del cliente que los ha encargado.
- 3º. Cualquier adhesión a verdades a escuelas o a concepciones que no sean compatibles con la posible existencia de otras, con la idea de

² Vid. A. KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, edición de Luis Villar Borda, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1.998. Vid, asimismo P. HABERLE “Nueve Ensayos Constitucionales y Una Lección Jubilar”, Palestra, Lima, 2.004.

³ Vid. Trotta, Madrid, 2003.

tolerancia positiva, con la aceptación de poder estar en el error y con una postura crítica ante cualquier idea empezando por las propias, excluye la posibilidad de situarse en el colectivo honroso de los profesores.

- 4º Ni el pensamiento comprometido, ni su opuesto, el pensamiento neutral y encerrado en una campana de cristal, son escenarios adecuados para el saber, para la enseñanza o para la investigación. El compromiso o la neutralidad deben siempre ceder ante los resultados de la ciencia.
- 5º. Los profesores deben estar al margen de lo que Julien Benda llamaba “la organización intelectual de los odios y de los rencores políticos y sociales”. Un profesor se descalifica si alienta, de palabra o por escrito las pasiones religiosas de raza, de partido, de clase o de nación, desde la dialéctica amigo enemigo o del bien y del mal, desde la xenofobia o desde la proscripción de los semejantes.
- 6º. No se debe partir, para mantener dignamente la condición de profesor, de las morales especiales ni de los particularismos, despreciando la moral universal. Deben defender la concepción del mundo que desde Platón hasta Kant y hasta nuestros días sitúan la noción de bien en el corazón del hombre universal y desinteresado⁴.
- 7º. El fundamento moral del profesor debe ser el respeto a la dignidad humana, a los valores de libertad de cátedra, de la ciencia y de la investigación, de la democracia, de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad. La profesión exige una vocación, una llamada para dedicar la vida a aprender y a enseñar, y poner las manos en lo que tiene de más vital un ser humano, su desarrollo personal e intelectual, desde la dialéctica de la persuasión y no desde el autoritarismo.
- 8º. El respeto a los maestros de vida y de pensamiento, su recuerdo y su reconocimiento son elementos necesarios a la condición de profesor, sabiendo situarse al final de la hermosa fila. Desde este estatuto, desde esa relación y desde ese crédito, cabe la duda, la crítica y la refutación. Es la forma de progreso de la cultura y de la razón y siempre resistiendo a la envidia, al rencor, a la descalificación o a la traición.
- 9º. Las relaciones entre profesores y también entre maestros y discípulos se deben plantear siempre desde el reconocimiento de la calidad

⁴ Vid. J. BENDA, *La Trahison des Clercs*, Grasset, París, 1.927, reimpresión 1.977, p. 163.

y de la excelencia, lo que supone como dijo Weber en su trabajo *La ciencia como vocación* un cierto tipo de aristocracia intelectual con el rechazo de cualquier favoritismo y prevaricación en los criterios de promoción⁵.

Popper hablará de pluralismo crítico como escenario donde el profesor desarrolla su tarea que hace posible la discusión académica que se basa en tres grandes principios que coinciden con algunos de los puntos con los que he identificado al modelo de docente e investigador. Estos principios son: El principio de “falibilidad”: Quizás yo estoy equivocado y quizás tú tienes razón. Pero es fácil que ambos estemos equivocados ... ; el principio de “discusión racional”. Debemos intentar sopesar, de forma tan impersonal como sea posible, las razones a favor y en contra de una teoría: Una teoría que es definida y criticable... “El principio de aproximación a la verdad”. En una discusión que evite los ataques personales, casi siempre podemos acercarnos a la verdad. Puede ayudarnos a alcanzar una mejor comprensión incluso en los casos en los que no alcancemos un acuerdo⁶.

En definitiva me parecen sabias y certeras unas palabras del Prof. Emilio Lledó sobre el Profesor y sobre la educación:

“Toda educación debe mantener y estimular ese intercambio entre semilla que se siembra, palabra, mensaje, discurso que se comunica, y permitir que esos “objetos” verbales, al anidar en la mente de quien las recibe, fomenten y alienten otros vuelos teóricos, crezcan en otras palabras, originen un caudaloso fluir en el cauce del futuro”⁷.

Es una lluvia de semillas que alargan el ceñido tiempo de cada momento y aspiran a crear una forma estable de inmortalidad, trascendiendo el tiempo de cada uno de nosotros; por eso, a mi juicio, la mejor forma de esa inmortalidad a la que puede aspirar un profesor es dejar huella en la cultura y en la historia. Todo lo anterior sirve para conocer el modelo de los profesores de Derecho. Sin excesos y desde una discreta moderación, tan vieja como la historia desde la comprensión de la necesidad de vivir bajo un sistema de reglas sofisticado y complejo asume los criterios de la ética de la convic-

⁵ Vid. *El Político y el Científico*, estudio introductorio de Raymond Aron, Alianza Editorial, Madrid, 1.967, 19ª reimpresión, Madrid, 2001.

⁶ K. POPPER, “Tolerancia y responsabilidad intelectual (Robado de Jenófanes y Voltaire)” en *En busca de un mundo mejor*, trad. de J. Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1.994, pp. 245 y 255.

⁷ Vid E. LLEDÓ, *El Surco del Tiempo. Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y la memoria*, Crítica, Barcelona, 1.992, p. 179.

ción y los objetivos de una educación sobre los valores, las instituciones y los procedimientos. Es la búsqueda de los dos conceptos básicos que forman la cultura de nuestra reflexión: la justicia y el Derecho”.

2. LA IDEA DE JUSTICIA

Kelsen en su lección jubilar *¿Qué es justicia?*, señalará la imposibilidad a su juicio de encontrar verdades estables sobre los contenidos de justicia del Derecho: “...Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valores contrario. La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de esas ilusiones eternas del hombre...”⁸. Cuando reflexiona sobre el valor de la filosofía relativista de la justicia rechazará que se trate de una teoría amoral e incluso inmoral. Para él que los principios morales sean relativos “...no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios y hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo la ardua tarea de discernir por sí solo, qué es bueno y qué es malo...Esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno, o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer a la orden de un superior que ser moralmente responsable de uno mismo. Una de las razones más poderosas para oponerse apasionadamente al relativismo es el temor a la responsabilidad personal. Se rechaza el relativismo y todavía peor, se interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente sino porque lo es demasiado...”⁹

Coherente, como siempre, con los pasos racionales de su pensamiento ejercerá su responsabilidad y elegirá su propia idea de justicia: “Verdaderamente no sé, ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansia. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi

⁸ Vid H.KELSEN, *¿Qué es Justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona 1991, p. 59 (La edición original de la University of California Press es de 1971, y la primera castellana es la colección Demos de 1982).

⁹ Obra citada pp. 59 y 60.

profesión, y por tanto lo más importante en mi vida, la Justicia para mí se da en aquél orden social, bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia¹⁰.

Es una tesis hermosa y arriesgada, pero creo que se puede apretar más el círculo de la certeza y buscar unos asentamientos algo más firmes y estables. Así lo hacen por ejemplo los Profesores Elías Díaz y Bobbio y yo comparto también sus criterios. Es posible discutir racionalmente sobre el concepto de justicia, sin recaer en posturas iusnaturalistas. La orientación racional –dirá Elías Díaz– se apoyará en el principio de las mayorías con algunas limitaciones que afectan, añadiría yo, a los derechos fundamentales y a sus límites, al respeto a las minorías y al respeto mutuo. Por su parte Bobbio considera que es posible un tratamiento racional de los valores, abre la razón humana, desde la razón científica a una razón crítica que plantea el análisis del Derecho abierto al mundo de los valores, lo que acaba con el neutralismo axiológico del positivismo. Por mi parte, siempre he considerado, a diferencia de Kelsen y también de Bobbio, que los valores forman parte del concepto del Derecho al responder éste no sólo a las preguntas formales, ¿quién manda? Y ¿cómo se manda?, sino también a la de los contenidos del Derecho ¿qué se manda? Eso permitirá hablar de positivismo corregido, pero de ninguna manera de iusnaturalismo ontológico, sean cuales sean sus fundamentos, racionales o teológicos, con Dios como razón última de la verdad y de la justicia. Ninguna concepción del bien puede pretender el monopolio de la verdad en los valores jurídicos. La ética pública, que marca la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, tiene una historicidad estable en el mundo moderno. Es el precipitado en el tiempo de una razón histórica que integra, matiza, somete a crítica y rechaza en su caso parte de muchas aportaciones intelectuales que van conformando un bloque de ideales que identifican a la democracia, que se enriquecen con la práctica y con otras nuevas aportaciones, que tienen como fundamento y como límite la dignidad humana y la conciencia, cuando esas normas afectan a las creencias más profundas de cada ética privada. El contenido mínimo exigible para que sigamos en una concepción positivista abierta a valores, es que la ética de contenidos y de fines, relevante para identificar al Derecho y conformar su concepto se positivice por los cauces formales de identificación de normas,

¹⁰ Obra citada, p. 63.



junto con el órgano competente y el procedimiento adecuado. Este punto de vista distinguirá al positivismo corregido de cualquier iusnaturalismo que tenga la pretensión de que la ética pública es Derecho sin necesidad de positivizarse por los procesos ordinarios de producción normativa. También señalará el papel eminente de la Constitución y de la Ley para dar mayor legitimidad democrática a esa positivación de valores, principios y derechos dejando un papel subsidiario, no nulo, a los tribunales constitucionales frente a la principal tesis del neoconstitucionalismo judicialista.

A lo largo de mi reflexión sobre el Derecho desde hace cuarenta y cinco años he sido intencionalmente coherente y he ido ajustando y perfilando mis criterios para alcanzar y concretar lo más posible esa coherencia. La relación Derecho y Poder y Derecho y Moral, la distinción entre ética pública y ética privada, la idea de dignidad humana como fundamento último de la teoría de la justicia, la historicidad de los derechos como desarrollo de valores y principios, son ideas fuerza que he ido desarrollando a lo largo de mi pensamiento y de mis publicaciones. Quizás en el ámbito de la teoría de la Justicia debo destacar el esfuerzo gigantesco que ha supuesto la Historia de los derechos fundamentales que vengo codirigiendo con mis colegas los profesores Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Javier Ansuátegui con la colaboración de más de cincuenta profesores, principalmente españoles, pero también franceses, portugueses, italianos, ingleses y norteamericanos, coordinados por el Profesor Javier Dorado. Antes de dos meses estará terminada la edición de los cinco volúmenes que reflejan el siglo XIX de esa historia. Ocupan un puesto muy relevante para la coherencia de la teoría de la Justicia que defiendo.

También, y quiero desarrollar esta idea a continuación, toda teoría de la Justicia debe insertarse en una teoría del Derecho, núcleo central de una filosofía del Derecho basada en mi caso en una aproximación positivista corregida. A esa tarea he dedicado el resto de mi tiempo, empleado espero que con acierto, en entender el fenómeno jurídico y su papel en la historia de la humanidad.

3. LA IDEA DEL DERECHO

Considero que la dimensión central para definir al Derecho es su consideración como sistema normativo, aunque valorando las aproximaciones sociológicas y axiológicas, como aproximaciones válidas que se concretan en



escenarios parciales. Por eso la dimensión normativa debe considerar, por una parte, la realidad social, y por otra, los valores y los fines del Derecho para alcanzar una visión integrada y matizada superando la rigidez de una estricta doctrina pura del Derecho. Aceptando la importancia histórica del Derecho natural y de las posiciones tópicas, del Derecho vinculado a lo que es justo en el caso concreto, las descarto como dimensiones centrales de una definición del Derecho a partir del tránsito a la modernidad, porque ignoran el papel decisivo que ocupa el poder, la idea de soberanía para la formación del Derecho moderno. La comprensión de la relación del Derecho con el poder y con la moral y de su característica propia de ser un sistema u ordenamiento de normas jurídicas condiciona una aproximación correcta.

En el mundo moderno, la forma propia del poder, el Estado, rompe con el pluralismo de poderes de la Edad Media, sobre todo por la pretensión de monopolio en el uso de toda la fuerza legítima que convierte al Derecho en Derecho del Estado. La primera función del soberano, a partir de la definición de Juan Bodino, que se extiende a las doctrinas democráticas de la soberanía nacional o popular será la de producir el Derecho, forma de organización de la vida social, para súbditos y ciudadanos, planificada por ese poder soberano. Las demás formas de producción del Derecho, que venían de la Edad Media, se integran poco a poco en el sistema como normas recibidas o delegadas en éste o por éste, es decir, que necesitan la aceptación de los órganos estatales competentes. Esta precisión vale para la costumbre que será jurídica si es recibida en el ordenamiento jurídico, aunque haya sido producida originariamente en la sociedad civil. También sirve para los contratos tradicionales del viejo Derecho Civil, como para los nuevos contratos colectivos del Derecho Laboral, en ambos casos como una forma de Derecho delegado desde los órganos estatales y por medio de normas estatales competentes y posteriormente producidas también en la sociedad civil. Igualmente son normas recibidas las del Derecho Internacional que en unos casos necesitan una recepción en el Derecho interno y en otros se reciben directamente. En las normas del Derecho Comunitario estas suponen un sistema autónomo con normas primarias y secundarias que se integran en el Derecho a través de la Constitución, artículo 93, como Reglamentos, Directivas y decisiones internas.

Tenemos, por consiguiente, normas directas producidas por los órganos estatales, -Poder Constituyente, Parlamento, gobierno, jueces y los que de estos traigan causa- y otras que son recibidas o delegadas. En el funciona-

miento normal de una sociedad donde el Derecho es obedecido habitualmente, se distinguen, a veces difícilmente esos matices, pero aparecen muy claramente en las situaciones patológicas, cuando una costumbre no es seguida o un contrato no es cumplido. En esos casos la necesidad del apoyo de la fuerza de los órganos estatales para ejecutar lo que no es cumplido voluntariamente pone de relieve las consecuencias para el Derecho moderno del monopolio de la fuerza legítima. El mismo procedimiento de actuación se produce cuando la desobediencia o la falta de eficacia aparecen en la aplicación de una norma estatal directa. Así se ve claro que la unidad del ordenamiento se escenifica mejor en la aplicación del Derecho que en el origen del mismo: varias fuentes y un solo procedimiento para el cumplimiento de la normas.

El proceso de secularización del mundo moderno que se ha desarrollado progresivamente en la historia, ha producido también la crisis del Derecho natural como forma directa de la influencia de la moral sobre el Derecho y también como forma de entender el sentido y el contenido de la misma idea de moral. A partir del discurso preliminar (Prolegómenos) en su número XI del *Derecho de la Guerra y de la Paz* de Grocio, y de la distinción entre Derecho y Moral que establecerá Tomasio, ambos en el siglo XVII, y también a partir de las tesis contractualistas de los autores del Derecho natural racionalista protestante, para las cuales la libertad natural, para ser eficaz, tiene que convertirse en libertad civil, es decir incorporarse al Derecho positivo, la idea de que el Derecho debe ser justo para ser considerado como tal, comienza a debilitarse y a perder fuerza en la cultura jurídica. Contribuye también a ese cambio el pacto social que explica con el consentimiento el origen del poder político y su monopolio en la producción del Derecho. Para Hobbes la única regla del Derecho natural será la obediencia al Derecho positivo¹¹.

Esta crisis del Derecho natural tiene pues su origen en el progresivo asentamiento de las tesis liberales en las revoluciones del siglo XVIII. Los ideales del Derecho Natural, que eran los ideales de la burguesía ascendente, se realizan en el Derecho positivo y dejan de ser necesarios en aquel mo-

¹¹ Vid GROCIO “del Derecho de la Guerra y de la Paz” en *Del Derecho de Presa. Del “Derecho de la Guerra y de la Paz*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, edición de Primitivo Mariño. Madrid 2.003 y HOBBS, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, tercera reimpresión 1987. También edición más reciente en Alianza Editorial, Madrid, 1.989 con traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo.



mento de la cultura política y jurídica. Es el tiempo del positivismo que se extiende por el siglo XIX y se prolonga hasta Kelsen, bien entrado el siglo XX, sin vuelta estable y consolidada al Derecho Natural, como pretendieron los autores de la reacción antimoderna y tradicionalista contraria a los valores del Derecho positivo y del Estado liberal democrático. Este movimiento de vuelta al Derecho natural adquirió de nuevo fuerza después de las grandes catástrofes durante la Segunda Guerra Mundial, con el holocausto, las bombas atómicas y los grandes daños a las poblaciones civiles, entre otros acontecimientos. Sin embargo la presencia decisiva del poder soberano, en la formación del Derecho moderno hizo imposible la vuelta al iusnaturalismo. De todas formas la necesidad de asumir en el Derecho positivo la existencia de valores, de dimensiones materiales para completar los contenidos de la validez permitieron que aflorase una nueva forma de relación entre moral y Derecho. En realidad esa integración de dimensiones formales y de contenido para identificar el Derecho válido, estaba ya apuntada en el famoso artículo 16 de la Declaración de 1789, que exige para que se pudiera hablar de Constitución –lo que sería sinónimo de Derecho positivo– la separación de poderes –aspecto formal del Derecho– y la garantía de los derechos humanos –aspecto material–. Este punto de vista es el que me parece más adecuado para establecer un concepto del Derecho, propio de la cultura política y jurídica de la modernidad, donde se pueda hablar de un modelo de Derecho justo históricamente situado y que he denominado positivismo corregido. Este modelo tiene las siguientes dimensiones:

1. El Derecho existe con independencia de su reconocimiento de una cierta moralidad. Todo ordenamiento jurídico expresa un punto de vista sobre la justicia, tiene unos determinados contenidos morales, pero estos no determinan su juricidad. Son necesarios para identificar al Derecho, junto con los órganos de producción y los procedimientos, pero vale cualquier contenido moral para que esté cumplido el trámite. Otra cosa es que desde el punto de vista histórico parezca más adecuado una ética pública que se sitúe en el ámbito de los valores liberales, democráticos, sociales y republicanos.
2. Existe siempre una moralidad crítica si no está incorporada a un sistema de Derecho positivo. En esa situación será un punto de vista, no el único posible, para juzgar a ese ordenamiento como justo o injusto. Si está incorporado al Derecho positivo, se puede hablar de moral legalizada. Aparece así evidente que el concepto de Derecho

no utiliza sólo criterios formales (órganos y procedimiento) como pretende el formalismo positivista kelseniano. Los contenidos materiales, ética pública en su origen, cuando son moral crítica, son Derecho al convertirse en moral legalizada. Así deben ser tratados, controlados o modificados desde las formas del Derecho, y por los órganos que sean competentes. Así tienen una flexibilidad y una capacidad de adaptarse a los momentos históricos, impropias del Derecho natural mucho más rígido.

3. Se debe señalar la importancia del poder político, como hecho fundante básico que apoya la existencia de un sistema jurídico concreto. La inclusión de los valores de justicia, de los criterios de moralidad, de ética pública, como los valores de libertad, de igualdad, de solidaridad, propios de una concepción democrática, dependerá de la voluntad del poder, que asume e interioriza esos valores y esos fines. Sólo un poder democrático apoya y desarrolla un Derecho positivo democrático, al asumir esos valores y esos fines como propios. La participación política, el sufragio universal, los derechos fundamentales como límites al poder, y como promoción desde el poder y todos los principios de identidad de un poder político democrático, serán así muy importantes para juzgar un ordenamiento jurídico. También el valor seguridad clave en el Derecho Moderno, ya en la Monarquía Absoluta, como realización de la paz y del monopolio en el uso de la fuerza legítima, cambia de sentido en la democracia. Ya no es sólo seguridad como garantía del poder, sino principalmente seguridad como protección de las personas, ciudadanos y demás sometidos a un ordenamiento jurídico concreto. Desde esa nueva versión democrática del valor seguridad aparecerán las garantías personales y procesales, los derechos de seguridad jurídica, en la detención y en la prisión y en el proceso, especialmente en el penal. La legitimidad del poder y la justicia del Derecho son las dos caras de una misma moneda, donde la ética pública carece de otro cauce para acceder al Derecho, que no sea el poder soberano.

En nuestro tiempo histórico un sistema jurídico justo, o al menos que tiende a la justicia, más que otros contemporáneos con los que se le pueda comparar, es siempre un sistema apoyado en su poder democrático, el del Estado parlamentario representativo que no tiene concurrencia de ningún

otro modelo alternativo, al menos hasta ahora. Se podría decir que para definir el Derecho habría que responder a tres preguntas ¿Quién manda?, ¿Cómo se manda? y ¿Qué se manda? como ya hemos apuntado. La respuesta constituye la norma de identificación del sistema jurídico, y cuando se compara una norma concreta, con ésta, situada en el rango superior de la jerarquía normativa, como parte esencial de la Constitución, se puede decir si pertenece o no a la misma.

¿Quién manda? Representa saber cuál es el órgano productor de normas jurídicas, partiendo del soberano y llegando hasta el último funcionario, pasando por el Parlamento, o los Parlamentos, en el caso de los Estados compuestos, funcionalmente federales como España, por el gobierno central y los de las Comunidades Autónomas, y por los jueces y tribunales.

¿Cómo se manda? Es la respuesta a los procedimientos adecuados para que una norma sea producida regularmente, a partir del principio del gobierno de las leyes, frente al principio premoderno y no democrático del gobierno de los hombres. Eso supone, según sea el tipo de norma que se pretende producir, la utilización de los procedimientos parlamentarios, ejecutivos, administrativos o judiciales. Estas reglas procedimentales en un sistema constitucional democrático deben ser siempre seguidas, para obtener la producción normativa buscada. De los contenidos materiales, valores, principios y derechos se puede discrepar, incluso de aquellos, que están en la raíz del sistema, pero sólo dejan de ser válidos si se cambian respetando los procedimientos, especialmente el principio de las mayorías, y evitando siempre que el escenario suponga un claro y presente peligro de violencia, lo que excluye cualquier legitimidad de los promotores y de los intervinientes en ese tipo de cambio. En los casos normales, cuando el ordenamiento jurídico lo acepte, en la Constitución, en la Ley, o en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo cabe la objeción de conciencia.

¿Qué se manda? Se incorporan con esta respuesta contenidos materiales de ética pública. Esos son por ejemplo los valores superiores del artículo 1º-1 de la Constitución española vigente desde 1978, los principios que dirigen y sirven para interpretar, el sistema o subsistemas dentro del ordenamiento, y los derechos fundamentales que actúan como derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades, y también como principios que guían la producción e interpretación del Derecho.

Una norma será reconocida como perteneciente al ordenamiento jurídico si está producida por el órgano competente, de acuerdo con el procedi-

miento adecuado, y si está conforme con los valores, principios y derechos, que forman parte de la constitución material y siempre que no haya sido derogada.

La respuesta adecuada a estas tres preguntas, y resueltos los problemas que plantean, y por consiguiente funcionando correctamente el ordenamiento de que se trata, se podrá contestar al tema radical de la legitimidad y de la justicia que justifica ¿por qué se manda? Supone reconocer que el tipo de ordenamiento que responde a las preguntas anteriores, tiene en su base el respeto a la dignidad de la persona como fundamento y razón de la convivencia. Finalmente se abre con la respuesta la última pregunta que legitima la existencia de la Filosofía del Derecho, la última de las preguntas relevantes para comprender a una sociedad política y jurídica bien ordenada. ¿Por qué se obedece?, que tiene el vínculo con la respuesta de los ciudadanos ante el Derecho y ofrece buenas razones para defender la obediencia como la opción más razonable en una sociedad abierta y libre.

Estas reflexiones son el producto de un trabajo de más de cuarenta y cinco años, con muchas publicaciones, más de veinte libros y más de cien artículos científicos en revistas filosófico jurídicas y políticas. En esta Lección Jubilar he intentado hacer la síntesis de mis conclusiones más relevantes.

Pero también en este mundo académico, en la reflexión de los profesores se debe tener muy presente el talante, la forma de aproximarse a la realidad, el proyecto de vida en que se inserta la docencia y la investigación. Kelsen respondió a un alto funcionario austriaco, ya jubilado, sobre cuáles eran las experiencias fundamentales que como hombre y como profesor había tenido a lo largo de su vida. Una parte de la respuesta de Kelsen es significativa para entender la necesaria humanidad de un profesor.

“Una reflexión quisiera yo expresar: que en la vida, en una vida esencialmente desenvuelta entre hombres de ciencia, es importante, ante todo, el carácter moral del hombre; que el amor a la verdad, el autoconocimiento, la paciencia, la voluntad de no hacer mal a nadie, y de controlar, tanto como sea posible, el afán natural de sobresalir, no son menos importantes que el saber objetivo, y que estas propiedades del carácter tienen influencia: aún en los resultados del trabajo científico...¹². Siempre me han hecho pensar esas

¹² Vid. R. A. METALL, *Hans Kelsen. Vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1976, p. 93. trad. de Javier Esquivel. Edición original “Hans Kelsen Leben and Werk”, Franz Deuticke, Viena 1969.



palabras del autor de la Teoría Pura. Algunos colegas al contrastarlas con un modelo antitético presentan formas insufribles, con una alta opinión de sí mismos y un desprecio mal disimulado por muchos compañeros; también una convicción de que tienen una superioridad intelectual incontestable y que los demás les deben veneración e incluso sumisión, siempre de malas formas. No es este un buen camino para el conocimiento, que necesita moderación, modestia, buen estilo, comprensión y respeto.

Espero haber estado siempre a la altura en la línea defendida por Kelsen, pese a haber ocupado durante algunos años cargos políticos relevantes y actuando en situaciones igualmente relevantes. Siempre han estado presentes mis formas y mi talante de profesor. Es lo que en mi libro *La España civil* he llamado “la forja de un profesor”, donde, sobre todo, reflexiono sobre mis maestros y mis discípulos¹³. Si alguna vez he abandonado ese buen camino es obligatorio pedir disculpas de corazón a quien haya podido ofender o disgustar. He valorado mucho la posición de Horacio cuando decía “.... Que el sabio ya no es sabio y el justo no es justo si el amor que a la virtud profesan es exagerado”, lo que recuperó Montesquieu en el Siglo de las Luces cuando afirmaba que hasta la virtud debe tener sus límites. Muchas veces un buen profesor ha oscurecido su imagen con intemperancias verbales y con acciones crispadas. Otros han lucido sus virtudes académicas fortalecidas por su modestia, por su sencillez, por su discreción y por su distanciamiento del paradigma del éxito. Bobbio en *De Senectute* dirá, en ese sentido refiriéndose a las virtudes del profesor laico en contraposición de quien cree en las virtudes teológicas: “Las virtudes del laico son otras: el rigor científico, la duda metódica, la moderación, no prevaricar, la tolerancia, el respeto a las ideas ajenas, virtudes mundanas y civiles...”¹⁴.

Creo que siempre he intentado seguir este segundo camino, evitando el autismo, la descalificación, la autocomplacencia, el desprecio o la burla que muchas veces están presentes en las relaciones entre profesores. Algunos del primer modelo pueden deslumbrar, pero sólo ilumina el profesor que construye su reflexión desde el respeto y desde la comprensión de las razones de los otros. Un personaje del Don Carlos de Schiller dirá dirigiéndose al Rey esta frase que es una condena a ese modelo de profesor autosuficiente y

¹³ Vid. Esa parte de mi libro pp.199 y ss., Círculo de Lectores, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2006.

¹⁴ *De Senectute*, Einaudi, Turín 1996. La cita de la traducción castellana. Taurus, Madrid 1997, p.108.

egoísta que cree que su grandeza consiste en bastarse a sí mismo: “¿Si reducís al hombre a una música salida de vuestra arpa quién se complacerá con vos en la armonía?” Por eso estoy muy orgulloso a esta altura de mi vida de haber podido vivir en el modelo de una relación entre maestros, de los que he aprendido mucho y de discípulos con los que me he vaciado, para contribuir a su máxima madurez. Esa es la mejor compañía en el mundo universitario, situarse en la hermosa fila de la que hablaba Goethe que garantiza la continuidad del saber. En ese contexto, siempre he intentado que el ejercicio de mi razón en la docencia y en la investigación se situasen en un ámbito de ejercicio autónomo de mi propia voluntad, lo que proporciona una cierta felicidad, una plenitud espiritual identificable con la idea kantiana de autonomía. Esa sería también la soledad, difícil de transmitir, del intelectual independiente, que puede personificar en el Rousseau de las *Rêveries du promeneur solitaire*; ese estatuto del profesor, solitario con su razón, que tenía en Grecia la superior dignidad entre todas las formas posibles de la vida humana. Con una perspectiva laica no se pretende, al afrontar así la vida, la inmortalidad en el sentido cristiano, sino más modesta y silenciosamente la siembra de semillas para el tiempo que ha de venir, con la prolongación de las propias ideas que otros conocerán más adelante. Por eso la cultura es la forma de buscar compañía por el creador de ideas que se proyecta y se prolongan en sus semejantes. Me gustaría ser así y que en el futuro me recordasen así.

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ
Universidad Carlos III de Madrid
Campus de Colmenarejo
Avd. de la Universidad Carlos III, 22
28270 Colmenarejo(Madrid)
E-mail: gregorio.peces-barba@uc3m.es

